Eerste Kamer der Staten-Generaal

1

Vergaderjaar 2015–2016

33 712

Voorstel van wet van de leden Gesthuizen en Van Oosten tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het tegengaan van acquisitiefraude door het doen van misleidende mededelingen jegens diegenen die handelen in de uitoefening van hun beroep, bedrijf of organisatie en wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met de strafbaarstelling van acquisitiefraude

D

MEMORIE VAN ANTWOORD
Ontvangen 15 oktober 2015

1. Inleiding

De initiatiefnemers hebben met belangstelling kennisgenomen van het voorlopig verslag van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie. Zij danken de fracties van de VVD, PvdA, SP en D66, mede namens de fracties van het CDA en de SGP, voor hun vragen en opmerkingen. Alvorens op de specifieke vragen in te gaan, benadrukken de initiatiefnemers graag nogmaals dat acquisitiefraude een groot probleem is voor kleine ondernemers. Het initiatiefwetsvoorstel heeft als doel de kleine ondernemer beter in positie te brengen om zich juridisch te verweren tegen deze vorm van fraude. Vele organisaties en instanties die te maken hebben met (de bestrijding van) acquisitiefraude, zoals het Steunpunt Acquisitiefraude, de Fraudehelpdesk, de Kamer van Koophandel, VNO-NCW, MKB-Nederland, het College van procureurs-generaal van het Openbaar Ministerie en de Nederlandse Vereniging van Banken, hebben zich positief uitgelaten over het initiatiefwetsvoorstel.[1] De initiatiefnemers zijn hierdoor verheugd en hopen op soortgelijke steun in de Eerste Kamer. Graag beantwoorden zij de vragen van de leden van uw Kamer als volgt.

2. Wetsvoorstel algemeen

De leden van de VVD-fractie kunnen zich niet aan de indruk onttrekken dat in veel gevallen die nu als acquisitiefraude worden aangeduid, sprake is van naïviteit. De initiatiefnemers zijn het met de leden van de VVD-fractie eens dat van een ondernemer verwacht mag worden dat hij niet lichtvaardig afspraken maakt of toezeggingen doet, waaruit het akkoord gaan met een aanbod kan worden afgeleid. Naar de mening van de initiatiefnemers is dit ook niet het geval. Geen enkele ondernemer betaalt zomaar allerlei onduidelijke facturen. Helaas zijn de verkooptechnieken van acquisitiefraudeurs geraffineerd. Een kleine onderneming, zoals een

[1] *Kamerstukken II* 2013–2014, 33 712, nr. 4, p. 17–19.

kst-33712-D
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2015

kapperszaak of een snackbar, heeft geen uitgebreide juridische dienst tot zijn beschikking. Dan is het eenvoudig om een spookfactuur voor een echte factuur aan te zien of om een contract te ondertekenen waaruit niet duidelijk naar voren komt dat dit een betalingsverplichting met zich meebrengt. Als een ondernemer slachtoffer is geworden van acquisitie-fraude, moet hij zich kunnen verweren. De wetgeving en de jurisprudentie wijzen uit dat de ondernemer momenteel weinig juridische mogelijkheden heeft om zich te verweren. Naar de mening van de initiatiefnemers moet daar iets aan veranderen. Dat is de reden van het initiatiefwetsvoorstel.
De leden van de VVD-fractie vragen voorts op welke punten bewijs-voering, zowel civiel- als strafrechtelijk, knellend is. Civielrechtelijk heeft een gedupeerde ondernemer de volgende mogelijkheden. Hij kan de overeenkomst vernietigen en zijn geld terugvorderen wegens bedrog (artikel 3:44, lid 3, van het BW), dwaling (artikel 6:288 van het BW) of wanprestatie (artikel 6:74 van het BW). Voor bedrog moet de gedupeerde aantonen dat de mededeling van de acquisitiefraudeurs opzettelijk onjuist was, dat er opzettelijk informatie is verzwegen of dat er opzettelijk andere kunstgrepen zijn toegepast. Dit is lastig om aan te tonen, zo blijkt ook uit de jurisprudentie.[2]
Een beroep op dwaling is eveneens ingewikkeld. De gedupeerde moet aantonen dat hij stellig meende een ander contract te hebben getekend dan hem aanvankelijk was voorgehouden. Dit is, zeker voor kleine ondernemers zonder uitgebreide administratie of juridische dienst, niet eenvoudig om aan te tonen. Bovendien is er bij acquisitiefraude vaak sprake van een misleidend contract in plaats van een ander contract.
Bij wanprestatie moet de gedupeerde aantonen dat de acquisitiefraudeur geen of geen deugdelijke tegenprestatie heeft geleverd. Bij acquisitie-fraude heeft de gedupeerde ondernemer echter weinig aan de geleverde prestatie, zoals de leden van de VVD-fractie ook al aangeven. De prestatie blijkt wel overeengekomen, echter niet naar de gewekte verwachtingen. Om die reden heeft een beroep op wanprestatie weinig kans.
De leden van de VVD-fractie vragen voorts of niet meer geïnvesteerd moet worden in voorlichting en andere preventieve maatregelen. Daar zijn de initiatiefnemers het mee eens. Er komt steeds meer aandacht voor acquisitiefraude, onder andere door de voorlichting vanuit de Fraude-helpdesk, VNO-NCW en de Kamer van Koophandel. Voorlichting alleen is echter niet voldoende. De initiatiefnemers zijn van mening dat goede wetgeving net zo noodzakelijk is om dit hardnekkige probleem aan te pakken.

De leden van de SP-fractie vragen zich af of een actiever optreden door de overheid reëel is gelet op de voortdurende bezuinigingen op de begroting van Veiligheid en Justitie. De leden vragen of er voldoende extra financiële middelen nodig zijn en hoeveel dat zou moeten zijn.
Dat er extra financiële middelen nodig zijn voor de aanpak van acquisitie-fraude lijkt vooralsnog niet aan de orde. De aanpak van acquisitiefraude maakt reeds onderdeel uit van de Veiligheidsagenda[3] en is daarmee al onderdeel van het beleid. Het Openbaar Ministerie heeft initiatiefnemers tevens te kennen gegeven onderhavig wetsvoorstel als een belangrijke aanvulling te zien op de huidige mogelijkheden om fraude strafrechtelijk aan te pakken. Het heeft er voorts vertrouwen in dat het hiermee in de praktijk aan de slag kan. Mocht in de praktijk blijken dat politie en justitie middelen tekortkomen, dan zullen zij hierover met het ministerie in overleg moeten treden.
Tevens hebben onder andere de NVvR, de Fraudehelpdesk, VNO-NCW, MKB-Nederland, Kamer van Koophandel en de Nederlandse Vereniging

---

[2] Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2011, *LJN: BU2093.*
[3] http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2014/09/17/bijlage-veiligheidsagenda-2015–2018.html

van Banken het belang van onderhavig wetsvoorstel benadrukt. Niet de financiële middelen werden gemist, maar de wettelijke mogelijkheden om acquisitiefraude beter te bestrijden.
De leden van de SP-fractie vragen zich voorts af of zij het goed zien dat de organisaties van gerechtsdeurwaarders niet geconsulteerd zijn over het wetsvoorstel, terwijl verschillende andere (advies)organisaties wel benaderd zijn voor een reactie.
De leden van de SP-fractie zien het goed dat de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG) en de Nederlandse Belangenvereniging Gerechtsdeurwaarders (NBVG) niet zijn geconsulteerd. Naar aanleiding van deze constatering van de leden van de SP-fractie, hebben de initiatiefnemers de genoemde organisaties benaderd. De KBvG heeft per mail laten weten blij te zijn met de aandacht die er is voor het onderwerp acquisitiefraude en geeft aan nu nog geen aanleiding te zien voor het geven van een (nadere) reactie ten aanzien van het wetsvoorstel. De NBVG heeft schriftelijk laten weten verheugd te zijn dat het onderwerp acquisitiefraude de aandacht krijgt die het verdient. Niet alleen omdat ook gerechtsdeurwaarders binnen hun eigen onderneming regelmatig geconfronteerd worden door acquisitiefraudeurs, maar ook omdat klanten van gerechtsdeurwaarders regelmatig benaderd worden door acquisitiefraudeurs. De wijzigingen van het Burgerlijk Wetboek geeft alle betrokken partijen naar de mening van de NBVG de juiste tools om zich in gerechtelijke procedures te kunnen verweren tegen oneigenlijke vordering voortvloeiende uit acquisitiefraude. Tot slot merkt de NBVG op dat de procesrisico's kleiner worden, maar dat de hoge griffierechten procederen nog altijd bezwaarlijk maakt. Terecht geeft de NBVG hierbij aan dat het onderwerp van de griffierechten geen direct onderdeel uitmaakt van onderhavig wetsvoorstel. Hier komen de initiatiefnemers nog uitgebreider op terug in de beantwoording van een specifieke vraag hierover van de leden van de SP-fractie. Initiatiefnemers delen bovendien de mening van de NBVG dat onderhavige wetswijzigingen desondanks nodig zijn voor een betere aanpak van acquisitiefraude. De schriftelijke reactie van de NBVG wordt als bijlage aan uw Kamer toegezonden.

3. Wijziging Burgerlijk Wetboek

De leden van de VVD-fractie constateren dat het accent in het voorgestelde artikel 6:194 BW nogal ligt op de misleidende omissie en vragen waarom daarvoor is gekozen. De misleidende omissie is inderdaad een essentieel onderdeel van de nieuwe bepaling. De initiatiefnemers denken niet dat het te moeilijk is om bewijs te leveren voor dit onderdeel. De formulering is ontleend aan de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken (titel 3, afdeling 3A van Boek 6 BW), meer in het bijzonder artikel 6:193d BW. De initiatiefnemers introduceren dus geen novum in het Burgerlijk Wetboek. Er is sprake van een misleidende omissie indien essentiële informatie die nodig is om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, verborgen wordt gehouden of op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt of gepresenteerd wordt. Om te weten wat onder essentiële informatie valt, is artikel 6:193e, onderdeel a tot en met d, van overeenkomstige toepassing verklaard. Met andere woorden: de gedupeerde ondernemer kan aantonen dat er sprake is van een misleidende omissie als de acquisitiefraudeur een mededeling heeft gedaan waarin essentiële informatie is weggelaten of onduidelijk is gepresenteerd. Als de ondernemer zegt dat dit het geval is, moet de tegenpartij aantonen dat de mededeling geen misleidende omissie bevatte. De bewijslast ligt dan bij de (vermeende) acquisitiefraudeur.

De leden van de PvdA-fractie vragen waarop de stelling is gebaseerd dat door de voorgestelde civielrechtelijke regeling de civiele actiebereidheid van gedupeerde ondernemers zal toenemen.
Uit onderzoek is gebleken dat de procesrisico's voor veel gedupeerden te groot zijn om een procedure te starten[4] in verband met het onzekere karakter van de huidige civielrechtelijke mogelijkheden, waardoor het in de praktijk lastig blijkt om overeenkomsten te ontbinden die door spooknota's of andere vormen van acquisitiefraude zijn ontstaan. Initiatiefnemers nemen deze risico's zoveel als mogelijk weg door gedupeerden een extra civielrechtelijke mogelijkheid te bieden waarmee slachtoffers voortaan onder een overeenkomst uit kunnen komen die door een vorm van acquisitiefraude is ontstaan. De kansen dat ondernemers succesvol hun recht kunnen halen worden groter, waardoor hun civiele actiebereidheid volgens initiatiefnemers zal toenemen. Uiteraard zal op dit punt ook nog jurisprudentie ontwikkeld moeten worden.
Voornoemde leden merken voorts op dat de vordering uit onverschuldigde betaling ontbreekt in de uiteenzetting van de initiatiefnemers, terwijl die vordering in het geval van zogeheten spooknota's volgens deze leden uitermate passend is.
De initiatiefnemers delen de mening van de leden van de PvdA-fractie dat er inderdaad sprake kan zijn van een onverschuldigde betaling op grond van artikel 6:203 Burgerlijk Wetboek, indien een betaling zonder rechtsgrond is verricht. Dat is bijvoorbeeld het geval als er op het moment van presteren geen rechtsverhouding tussen beide partijen aanwijsbaar is die de betaling rechtvaardigt.[5] Maar het probleem is nu juist dat er vaak discussie bestaat over de vraag of er een overeenkomst tot stand is gekomen of niet. Indien die overeenkomst er uiteindelijk wel blijkt te zijn, biedt artikel 6:203 BW geen soelaas. In die gevallen kan het te wijzigen artikel 6:194 BW wel uitkomst bieden.
Voorts wijzen voornoemde leden erop dat in de memorie van toelichting staat vermeld dat «een beroep op dwaling pas slaagt wanneer de gedupeerde bewijst dat de inhoud van het telefoongesprek verschilt van wat uiteindelijk op het formulier staat, of als deze kan aantonen dat de acquisitiefraudeur (voor het tot stand komen van de overeenkomst) belangrijke informatie heeft verzwegen»[6]. Zij vernemen graag waarom dit onder de door hen voorgestelde regeling wezenlijk anders is en vragen een vergelijking tussen de voorgestelde regeling en de regeling van dwaling (artikel 6:228 BW) aan de hand van voorbeelden.
Vooropgesteld dient te worden dat het wetsvoorstel de algemene regels vaststelt. Het is niet mogelijk om met iedere casuïstiek rekening te houden. De omstandigheden van het geval zijn altijd verschillend. Het is aan de rechter om per geval te besluiten of een overeenkomst rechtsgeldig tot stand is gekomen en wanneer sprake is van dwaling (artikel 6:228 BW) of een misleidende omissie (zoals bedoeld in het te wijzigen artikel 6:194 BW).
In het licht van het voorgaande zullen initiatiefnemers een vergelijking maken aan de hand van een tweetal klassieke voorbeelden.
Een acquisitiefraudeur belt een ondernemer met de vraag of deze een overeenkomst wil verlengen. De suggestie wordt hiermee gewekt dat er reeds een overeenkomst is gesloten, terwijl dat niet het geval is. De ondernemer geeft aan geen interesse te hebben in verlenging. Hem wordt vervolgens te kennen gegeven dat beëindiging van het contract alleen mogelijk is indien een beëindigingsovereenkomst wordt ondertekend. Achteraf blijkt dat in kleine letters staat vermeld dat hij na ondertekening een overeenkomst van een jaar is aangegaan, ondanks dat de overeen-

---

[4] K. Huisman, H.G. van de Bunt, *Misleidende handelspraktijken. Een onderzoek naar de aard, achtergronden en aanpak van acquisitiefraude in Nederland* (Rotterdam 2009), 64.
[5] HR 17 november 2000, NJ 2001/580.
[6] *Kamerstukken II* 2013–2014, 33 712, nr. 6, p. 4.

komst op het eerste gezicht suggereert dat er al een klantrelatie met de ondernemer bestaat en ondertekening slechts ter bevestiging is.
Ook komt het voor dat een acquisitiefraudeur telefonisch suggereert dat een lopende overeenkomst kan worden beëindigd door een laatste termijn over te maken. De ondernemer krijgt hiervoor een factuur toegestuurd en betaalt deze. Uiteindelijk betreft het document echter geen factuur, maar een aanbieding waar in kleine letters staat vermeld dat bij betaling akkoord wordt gegaan met een vermelding in een bedrijvengids.
Om in beide gevallen een beroep te doen op dwaling (artikel 6:228 BW) moet de ondernemer aantonen dat de fraudeur hem verkeerd heeft geïnformeerd. Van het telefoongesprek staat niets op schrift en de overeenkomst stelt, weliswaar in kleine letters, welke verplichtingen de ondernemer aangaat bij ondertekening. Dwaling is hiermee vrijwel niet te bewijzen. Op grond van het nieuwe tweede, derde en vierde lid bij artikel 6:194 BW is echter wel sprake van een misleidende omissie, aangezien er in beide gevallen sprake is van een verhullend document waarmee de suggestie is gewekt dat ondertekening danwel betaling leidt tot beëindiging van een reeds bestaande overeenkomst. Bovendien kan voortaan door het overeenkomstig van toepassing verklaarde artikel 6:193d, vierde lid, van het BW rekening worden gehouden met de beperkingen van een telefoongesprek en de eventuele maatregelen die zijn genomen om de benodigde informatie langs andere wegen ter beschikking van de ondernemer of zelfstandige in kwestie te stellen. De feitelijke context wordt hiermee in aanmerking genomen.
Tevens is er op grond van artikel 6:195 BW sprake van omkering van bewijslast, waardoor de acquisitiefraudeur dient te bewijzen dat tijdens het telefoongesprek de juiste informatie is verschaft en de ondernemer derhalve goed is voorgelicht. Bij een beroep op dwaling geldt deze omkering van de bewijslast niet.
Voorts stellen voornoemde leden dat een actie uit onrechtmatige daad niet een voor de hand liggende route is voor een gedupeerde die «onder de overeenkomst uit wil'[7]en dat vernietiging op grond van dwaling er wel toe leidt dat de overeenkomst (zelfs met terugwerkende kracht) geheel van tafel is. In antwoord hierop wijzen de initiatiefnemers erop dat de gedupeerde de rechter kan vragen om ontbinding of vernietiging van de overeenkomst indien de onrechtmatigheid op grond van het nieuwe artikel 6:194 BW is komen vast te staan. Op die wijze is het dus wel degelijk mogelijk om onder de overeenkomst uit te komen.

De leden van de SP-fractie merken op dat bij relatief geringe vorderingen, waarvan ook in zaken als de onderhavige materie vaak sprake zal zijn, eisers opzien tegen de door hen te betalen kosten en het risico, met als gevolg dat zij vaak afzien van het aanspannen van een rechtszaak. Zij wijzen op de noodkreet die vorig jaar door de gerechtsdeurwaarders hierover naar buiten is gebracht en stellen vragen over het welslagen van het wetsvoorstel in verband met financiële barrières.
Initiatiefnemers delen de mening van de leden van de SP-fractie dat het onwenselijk is als de hoogte van een griffierecht ertoe zou kunnen leiden dat kleine ondernemers hun recht niet meer kunnen halen. Dit is echter geen reden om ondernemers niet meer juridische mogelijkheden te bieden om hun recht te kunnen halen. Nederlandse slachtoffers van acquisitiefraude hebben bovendien een aanzienlijke gemiddelde schade.[8]
Daar komt bij dat onderhavig wetsvoorstel op civielrechtelijke gebied zoveel mogelijk inhoudelijke procesrisico's zal wegnemen, waardoor ondernemers een grotere kans hebben om zich met succes te beroepen op ontbinding van de overeenkomst.

---

[7] Vgl. *Kamerstukken II* 2013–2014, 33 712, nr. 6, p. 10.
[8] Zo is gebleken uit onderzoek door het Secretariaat-Generaal van de Benelux Unie:http://www.mkb.nl/images/140624%20Benelux%20rapport.pdf

Tot slot zij opgemerkt dat de discussie over de hoogte van de griffierechten nog uitvoerig gevoerd zal worden tijdens de behandeling van het wetsvoorstel over de wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Wet griffierechten burgerlijke zaken en de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek in verband met aanpassing van griffierechten (33 757).

De leden van de D66-fractie vragen, mede namens de fracties van het CDA en de SGP, of het wetsvoorstel het voor de gedupeerde ondernemer gemakkelijker maakt. Dat is naar de mening van de initiatiefnemers het geval. Zoals de aan het woord zijnde leden zelf al stellen, leiden de bestaande rechtsmiddelen dwaling, bedrog of wanprestatie tot bewijsproblemen voor de gedupeerde ondernemer. Dit is bij de voorgestelde bepaling van de initiatiefnemers minder het geval, mede door de toepasselijkheid van de omkering van de bewijslast op grond van artikel 6:195 van het BW.
De aan het woord zijnde leden vragen voorts waarom ervoor is gekozen om het nieuwe wetsartikel te plaatsen in de afdeling die gaat over misleidende en vergelijkende reclame, terwijl de misleidende omissie niets van doen heeft met misleidende of vergelijkende reclame.
De initiatiefnemers hebben begrip voor deze vraag. Ook de Afdeling advisering van de Raad van State maakte opmerkingen bij de keuze om het nieuwe wetsartikel te plaatsen in de Afdeling Misleidende en vergelijkende reclame in plaats van de Afdeling Oneerlijke handelspraktijken, waar de misleidende omissie (wel) onderdeel van uitmaakt. De reden hiervoor is dat de Afdeling Oneerlijke handelspraktijken is geschreven voor consumenten en de Afdeling Misleidende en vergelijkende reclame voor ondernemers. De initiatiefnemers willen ondernemers in een sterkere positie brengen om zich te verweren tegen acquisitiefraude. Het ligt dan het meest voor de hand om de afdeling, die geschreven is voor ondernemers, hiervoor aan te passen. De initiatiefnemers hadden er ook voor kunnen kiezen om de afdeling, die geschreven is voor consumenten, deels van toepassing te verklaren op ondernemers. Het effect zou hetzelfde zijn geweest. Maar naar de mening van de initiatiefnemers is dit vanuit de wetsystematiek niet te verkiezen. Overigens kwam de regering in 2012 tot dezelfde conclusie.[9]
De leden van de D66-fractie stellen, mede namens de fracties van het CDA en de SGP, dat een onrechtmatige daadsactie uitsluitend kan leiden tot schadevergoeding en niet tot vernietiging of ontbinding van de overeenkomst. Om die reden is de gekozen afdeling in het Burgerlijk Wetboek minder effectief, aldus de aan het woord zijnde leden. De initiatiefnemers zijn het hier niet mee eens. Een gedupeerde ondernemer kan de rechter om schadevergoeding vragen. Als hij geen schade heeft, kan hij om een rectificatie vragen. Voorts kan hij de rechter vragen om ontbinding van de overeenkomst. Tot slot kan hij het strafrechtelijke pad kiezen en aangifte doen. De voorgestelde bepalingen kunnen dus tot veel meer leiden dan uitsluitend schadevergoeding. De initiatiefnemers verwijzen tevens naar hun reactie op soortgelijke vragen van de leden van de PvdA-fractie.
De aan het woord zijnde leden vragen aandacht voor het probleem dat een acquisitiefraudeur telkens van rechtspersoon en van acquisitiemethode kan veranderen. Dit is inderdaad een groot probleem. De initiatiefnemers zijn zich er terdege van bewust dat dit wetsvoorstel niet alle vormen van acquisitiefraude voor de eeuwigheid zal uitbannen. Maar de nieuwe bepalingen kunnen wel helpen. Ook de mogelijkheid voor de rechter om een acquisitiefraudeur te verplichten een rectificatie te plaatsen (artikel 6:196 van het BW), waar de aan het woord zijnde leden naar verwijzen, helpt bij het bestrijden van acquisitiefraude. Het zal niet in alle gevallen voorkomen dat de fraudeur, nadat hij gedwongen is een

[9] Tweede Kamer, vergaderjaar 2011–2012, 33 233, nr. 4, pagina 6 en 7.

rectificatie te plaatsen, alsnog van rechtspersoon verandert en zijn oude frauduleuze praktijken voortzet. De echt hardnekkige fraudeurs zullen altijd door blijven gaan en zullen zich niet laten afschrikken door een rectificatie. Mede om die reden hebben de initiatiefnemers ervoor gekozen, naast een versterking van de civielrechtelijke maatregelen, een aparte strafbaarstelling voor acquisitiefraude op te nemen in het Wetboek van Strafrecht om de zwaarste gevallen aan te pakken.
De voornoemde leden vragen naar de effectiviteit van de schadevergoedingsactie. Zij stellen dat, voor het instellen van een vordering tot schadevergoeding, in elk geval noodzakelijk is dat in rechte wordt gesteld dat de gedupeerde ondernemer schade heeft en dat deze schade is veroorzaakt door het sluiten van de frauduleuze overeenkomst, en ten slotte dat de wederpartij daaraan schuld heeft. Zij vragen de initiatiefnemers toe te lichten hoe zij dit driestappenplan beoordelen.
Als een ondernemer slachtoffer is geworden van acquisitiefraude, bijvoorbeeld omdat hij een rekening heeft betaald terwijl op die rekening essentiële informatie verborgen wordt gehouden, dan lijdt hij schade. De schade is veroorzaakt door de frauduleuze overeenkomst. De wederpartij heeft hier schuld aan, hij heeft immers een mededeling gedaan zoals bedoeld in het voorgestelde artikel 6:194 van het BW. Ook al is de overeenkomst uitgevoerd, bijvoorbeeld door de aangeboden vermelding in een bedrijvengids te plaatsen, dan heeft de ondernemer alsnog schade. Hij heeft immers betaald voor het uitvoeren van de overeenkomst, terwijl die overeenkomst gebaseerd was op een misleidende mededeling en daarmee onrechtmatig was. De schade voor de ondernemer is simpelweg het betaalde bedrag. Dankzij het wetsvoorstel kan hij het betaalde bedrag van de fraudeur terugvorderen op grond van een vordering uit onrechtmatige daad.
De aan het woord zijnde leden stellen terecht dat wat betreft het omkeren van de bewijslast aansluiting is gezocht bij de artikelen 6:193j, eerste lid, en 6:195, eerste lid, BW. Als de ondernemer heeft voldaan aan zijn stelplicht, is het inderdaad zo dat acquisitiefraude wordt vermoed aanwezig te zijn behoudens tegenbewijs door de acquisiteur. Uiteraard is dit rechtsvermoeden weerlegbaar. De ondernemer kan stellen dat hij slachtoffer is geworden van acquisitiefraude omdat een misleidende mededeling op hem is gericht waarin bepaalde essentiële informatie onduidelijk is gepresenteerd. De tegenpartij kan dan aantonen dat zijn mededeling *niet* misleidend was, door te laten zien dat de betreffende informatie wel degelijk duidelijk is gepresenteerd. Op die manier is het rechtsvermoeden weerlegd.

4. Wijziging Wetboek van Strafrecht

Zowel de leden van de VVD-fractie als die van de PvdA-fractie vragen voorbeelden waaruit zou moeten blijken dat het bewijs van «enige bedrieglijke handeling tot misleiding» in het voorgestelde artikel 326d Sr eenvoudiger is te leveren dan de bekende elementen uit het bestaande oplichtingsartikel.
Vooropgesteld dient te worden dat het wetsvoorstel de algemene regels vaststelt. Het is niet mogelijk om met iedere casuïstiek rekening te houden. De omstandigheden van het geval zijn altijd verschillend. Het is aan het Openbaar Ministerie om per geval te besluiten tot vervolging. Vervolgens is het aan de rechter om te bepalen of er sprake is van acquisitiefraude in de zin van artikel 326d van het Wetboek van Strafrecht of van oplichting in de zin van artikel 326 van het Wetboek van Strafrecht. De initiatiefnemers wijzen erop dat het College van Procureurs-Generaal tevreden is met de voorgestelde formulering van de strafbepaling, deze als toevoeging op het huidige beleid ziet en stelt dat «de praktijk daarmee goed uit de voeten kan» (zie brief van 3 februari 2014).

Met inachtneming van het voorgaande, kunnen de initiatiefnemers aan de hand van het volgende voorbeeld antwoord geven op de vragen van de leden van de VVD- en PvdA-fractie.
Stel, een ondernemer krijgt een aantal keer van hetzelfde bedrijf een spookfactuur toegestuurd. Hij wordt een aantal keer dwingend opgebeld met de vraag te betalen. Er wordt zelfs gedreigd met incassobureaus en een gerechtelijke procedure. Omdat de ondernemer het niet vertrouwt weigert hij te betalen en doet aangifte van zowel oplichting als acquisitiefraude.
Voor een voltooide oplichting (artikel 326 van het Wetboek van Strafrecht) is het in ieder geval nodig dat er betaald is of dat men «een schuld» is aangegaan (een contract met betalingsverplichting kan worden gezien als een «schuld» in de zin van de wet).[10] Daar is in dit geval geen sprake van. De ondernemer heeft niets ondertekend en is niet tot betaling overgegaan. Deze voorwaarde geldt echter niet voor artikel 326d Sr, waarbij het niet noodzakelijk is dat een schuld is aangegaan of een betaling reeds heeft plaatsgevonden. De strafbaarheid treedt in indien nadeel kan ontstaan en niet wanneer deze reeds is ontstaan.

Meer in het algemeen kan hieraan worden toegevoegd dat fraude – dus ook bij andere verschijningsvormen – zich voorts veelal afspeelt op het snijvlak van civiel- en strafrecht. De vraag is dan waar wanprestatie overgaat in een onrechtmatige daad of naar bedrog en oplichting. Onderhavig wetsvoorstel kleurt op het gebied van acquisitiefraude dat schemergebied in, waarbij helder wordt dat niet elke vorm van aanbiedingen geduld worden en sommige grensoverschrijdend zijn en dus zo laakbaar worden gevonden dat ze strafbaar zijn. Onder de huidige wetgeving zullen de algemene valsheids- en oplichtingsartikelen aangegrepen moeten worden. In artikel 326 Sr wordt gesproken van drie (limitatieve) smaken bedrieglijke handelingen, namelijk 1) het aannemen van een valse naam of van een valse hoedanigheid, 2) listige kunstgrepen en 3) een samenweefsel van verdichtsels. Het bestanddeel «bedrieglijke handeling» van het voorgestelde artikel 326d van het Wetboek van Strafrecht is naar de letter preciezer en sluit meer aan op het te wijzigen artikel 6:194 BW dan de genoemde bestanddelen van artikel 326 Sr (oplichting). De terminologie uit de voorgestelde nieuwe strafbepaling is dus anders dan het huidige artikel 326 Sr. De aansluiting op het BW-kader is van belang nu de delicten in kwestie zich zoals eerder gezegd afspelen op het snijvlak van civiel recht en strafrecht. Aangezien artikel 326 Sr ziet op alle vormen van fraude, valt men steeds terug op de discussie of voor het doen van dergelijke «aanbiedingen» het strafrecht wel aan zet is of dat het naar zijn aard toch meer een civiele kwestie is. Het specifieke aan het voorgestelde artikel 326d van het Wetboek van Strafrecht kadert het schemergebied meer in en verkleint dit gebied derhalve. De grenzen worden duidelijker gemarkeerd en expliciet wordt aangegeven dat het strafrecht voor dit fenomeen beschikbaar is. Uiteraard blijft het steeds van het geval afhangen of die ook binnen dat nieuwe ingekaderde gebied valt. Zoals ook in de memorie van toelichting is uiteengezet, bieden de huidige strafbepalingen niet de juiste instrumenten om de acquisitiefraudeur effectief aan te pakken. Het onderhavige wetsvoorstel voorziet hier wel in.

Voorts vragen de leden van de VVD-fractie waarom deze strafbepaling qua bescherming beperkt is tot degene die handelt in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie. De bijzondere consumentenbescherming in het civiele recht heeft toch immers niet een pendant in het strafrecht? Acquisitiefraude is een groot probleem voor degenen die handelen in de uitoefening van een beroep, bedrijf of organisatie. Daarom is ervoor

[10] Tekst & Commentaar Strafrecht, Wetboek van Strafrecht, Artikel 326 [Oplichting], 11d

gekozen het wetsvoorstel op deze groepen van toepassing te verklaren. Consumenten worden reeds op grond van andere wetgeving beschermd. Tot slot vernemen voornoemde leden graag van de regering of het Openbaar Ministerie, als het over de nieuwe strafbepaling acquisitiefraude kan beschikken, ook extra aandacht zal geven in de aansturing van de politie en vervolgingsprioritering?
In antwoord hierop wijzen initiatiefnemers op de brief van de Minister van Veiligheid & Justitie van 2 september 2015[11], waarin hij aangeeft dat de Veiligheidsagenda[12] leidend is ten aanzien van horizontale fraude. Acquisitiefraude is hier een vorm van en daarmee reeds een prioriteit. Tot slot geeft de Minister aan dat de nieuwe strafbepaling, zoals voorzien in het initiatiefvoorstel, in dat verband een nuttige aanvulling vormt op het instrumentarium dat de politie en het openbaar ministerie tot hun beschikking hebben voor de opsporing en vervolging van fraudedelicten.

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

ARTIKEL I

Onderdeel A

De leden van de D66-fractie, mede namens de leden van de fracties van het CDA en de SGP, stellen terecht dat de bewijslast bij de acquisiteur komt te liggen als de ondernemer aantoont dat de mededeling een misleidende omissie bevat.
Een duidelijk voorbeeld van veel voorkomende acquisitiefraude zijn de zogenaamde kleine lettertjes. In een factuur staat wel dat de ondernemer gebonden is aan een betalingsplicht als hij een contract ondertekent, maar deze mededeling is dusdanig onopvallend, slecht leesbaar of moeilijk te verstaan geformuleerd (of om de terminologie van het voorgestelde artikel 6:194 lid 3 aan te houden: op zo'n onduidelijke, onbegrijpelijke of dubbelzinnige wijze), dat er sprake is van een misleidende omissie. De wijze van betaling valt onder essentiële informatie, zoals is beschreven in artikel 6:193e, onderdelen a tot en met d, BW.
Zoals reeds in de artikelsgewijze toelichting staat beschreven, is de formulering van de wettekst grotendeels ontleend aan andere bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek. Het bestanddeel «geïnformeerd besluit» uit de voorgestelde wettekst komt ook voor in het huidige artikel 6:193b lid 2 BW. De gedupeerde moet aantonen dat hij op basis van de misleidende omissie een besluit neemt of kan nemen. In die zin moet het besluit dus geïnformeerd zijn. Ook als de gedupeerde (nog) niet daadwerkelijk is ingegaan op de misleidende mededeling, is er sprake van acquisitiefraude. Daarom zijn de woorden «kan nemen» toegevoegd. Ook deze constructie komt regelmatig voor in het Burgerlijk Wetboek. Als de ondernemer een besluit had kunnen nemen maar dit niet heeft gedaan, is zijn procespositie als volgt. Hij kan bij de rechter vragen om rectificatie van de mededeling. Mocht de ondernemer onverhoopt toch gebonden zijn aan een overeenkomst, dan kan hij de rechter vragen om ontbinding van de overeenkomst indien de onrechtmatigheid op grond van artikel 6:194 BW is komen vast te staan. De aan het woord zijnde leden zien het juist dat het niet nodig is om daadwerkelijk schade te lijden om de

[11] Brief van de Minister van Veiligheid & Justitie, «Initatiefvoorstel acquisitiefraude (33 712)», 2 september 2015, kenmerk 680074
[12] http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2014/09/17/bijlage-veiligheidsagenda-2015–2018.html

onrechtmatigheid van de mededeling aan te tonen. Daarvoor moet uiteraard wel sprake zijn van de misleidende omissie in de mededeling.

Gesthuizen
Van Oosten